

RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL: ENTRE O DIÁLOGO E O SILÊNCIO (OU A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PONTE DE ENCONTRO)

PARTE I

INÊS FERNANDES GODINHO

Professora Auxiliar da FDULP

Investigadora do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto e do IDPEE

Doutora em Direito

Parte I

Introdução

1. Responsabilidade e Liberdade

- a. O pressuposto do livre arbítrio
- b. A questão da ininputabilidade
- c. O conceito de responsabilidade

2. Responsabilidade no ordenamento jurídico

- a. A atribuição causal de responsabilidade
- b. O juízo normativo (imputação)
- c. O facto jurídico (acção)
- d. O resultado (dano)

3. Fim e fundamento da responsabilidade civil

- a. Fim da responsabilidade civil
- b. Fundamento da responsabilidade civil
- c. Reflexos legislativos

Parte II*

* A Parte II do presente artigo será publicada no próximo número da RFDULP

4. Fim e fundamento da responsabilidade penal

- a. Fim da responsabilidade penal
- b. Fundamento da responsabilidade penal
- c. Reflexos normativos

5. A justiça restaurativa

- a. Finalidade
- b. A ideia de reparação
 - i. No direito civil
 - ii. No direito penal

Considerações finais

*E vou cantar aquele segundo reino,
Onde o humano espírito se purifica
E se torna digno de subir ao céu.*

Dante Alighieri, *A Divina Comédia* (Purgatório, Canto I)

Introdução

A ideia de responsabilidade enquanto conceito ontológico encontra-se inextricavelmente ligada a duas realidades distintas: a liberdade e a causalidade. Esta ligação indelével é o resultado de uma longa procura de resposta a um problema de reflexão do Homem sobre si mesmo: a consequencialidade do comportamento humano. Assim, quando falamos de responsabilidade enquanto conceito, falamos de um dos pilares do que representa um diálogo ininterrupto entre a filosofia e as ciências humanas, paradigmaticamente, o direito civil e o direito penal.

A atribuição de responsabilidade retrospectiva, relativa à imputação de acções, é plena de sentido em ambos os ordenamentos normativos, ainda que os fins dessa atribuição representem o silêncio — ou, se quisermos, a autonomia — desses dois ramos do direito.

A questão que aqui se coloca prende-se com o repto ínsito às modernas tendências do pensamento jurídico a propósito do âmbito de eficácia da justiça restaurativa. Por sobre tudo, pretende-se descortinar se esta forma de justiça aumenta ou diminui as margens de responsabilidade juridicamente aceitáveis em uma sociedade livre de mulheres e de homens ou, diferentemente, se efectivamente contribui para a união dos vértices no patamar da atribuição de responsabilidade.

§ 1. Responsabilidade e Liberdade

Só se pode falar de responsabilidade quando exista um espaço para diferentes possibilidades de actuação¹. E esse “espaço” tem os seus alicerces na liberdade refractada em futuro². Importa, por isso, adensar, em primeiro lugar, o conceito de liberdade.

A liberdade é um conceito que se apresenta com diversas vertentes, em consonância com o contexto em que o conceito é utilizado. Desde logo, pode falar-se em liberdade individual, mas também em liberdade plural, como seja, a liberdade política, a liberdade nacional, a liberdade colectiva³ ou ainda a liberdade civil ou social⁴.

Aqui interessa-nos particularmente a liberdade enquanto pressuposto de eticidade, responsabilidade e, mesmo, imputação⁵. Por outras palavras, interessa-nos, fundamentalmente, o contexto da liberdade individual.

¹ GEORG PICT, “Der Begriff der Verantwortung”, in: *Wahrheit. Vernunft. Verantwortung. Philosophische Studien*, Stuttgart: Klett-Cotta, 1996, pág. 318 e ss., pág. 323.

² Dado que o futuro é o campo da possibilidade.

³ ARMIN WILDFEUER, “Freiheit”, in: Marcus Düwell/Christoph Hübenthal/Micha H. Werner (Hrg.), *Handbuch Ethik*, 2ª ed., Stuttgart: J.B.Metzler, 2006, pág. 358 e ss.

⁴ Essencial sobre, como o próprio afirma, “a natureza e os limites do poder que poder ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo” (liberdade civil ou social), o ensaio de JOHN STUART MILL, *Sobre a Liberdade*, trad. Pedro Madeira, Col. Livros que Mudaram o Mundo, Lisboa: Edições 70, 2010, pág. 29.

⁵ Como pergunta MICHAEL PAUEN, “como se pode querer punir uma pessoa pela violação de uma norma sem que ela nisso tenha tido culpa e como se pode querer atribuir culpa num comportamento ilegal, quando a execução do mesmo não foi livre e não poderia ter sido de outra forma?”. Cfr. “Teil I — Philosophische und psychologische Beiträge”, in: Ernst-Joachim Lampe *et al.*, *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Frankfurt: Suhrkamp, 2008, pág. 9 e ss., pág. 9.

Em termos estritamente formais, podemos distinguir dois aspectos do conceito de liberdade. Por um lado, a liberdade negativa, ou seja, a independência ou ausência de limitações ou imposições (ou a “liberdade de ...”) e, por outro lado, a liberdade positiva, que se concretiza na faculdade de — com a vontade e com a actuação — ter um comportamento e de decidir os meios e os objectivos desse mesmo comportamento (ou a “liberdade para ...”)⁶. Deve notar-se, todavia, que a liberdade negativa representa a possibilidade da liberdade, mas não constitui a realidade da liberdade. Com efeito, eu posso ser livre de pressões ou limitações para escrever um artigo, mas tal não implica que o venha a fazer⁷.

Estes dois aspectos relevam para efeito da distinção entre a liberdade “poder-querer” (*libertas volendi*), mais concretamente, a liberdade interna, e a liberdade “poder-agir” (*libertas agendi*) ou liberdade externa⁸. É esta última que materializa as alterações do “real-verdadeiro”⁹. Contudo, é aquela primeira que deve ter-se em atenção no patamar do livre arbítrio.

a) O pressuposto do livre arbítrio

Através das considerações precedentes podemos compreender que a liberdade representa não apenas um princípio, mas também um conceito polisemântico.

Se, no direito penal, a ideia de liberdade se prende, fundamentalmente, com a noção de responsabilidade, no direito civil, a liberdade afirma-se em nome próprio em princípios como a liberdade contratual¹⁰ ou a liberdade patrimonial¹¹, antes de se refractar em responsabilidade civil.

⁶ ARMIN WILDFEUER, “Freiheit”, *cit.*, pág. 359; GEORG PICTH, “Der Begriff der Verantwortung”, *cit.*, pág. 323.

⁷ Ainda que o actual debate sobre a liberdade tenha vindo a ser pautado pelas novas descobertas das neurociências, que são por vezes interpretadas no sentido de as mesmas poderem constituir refutação inequívoca da própria liberdade. Interpretação que não sufragamos. Veja-se ainda MICHAEL PAUEN, “Teil I...”, *cit.*, pág. 10 e ss.

⁸ ARMIN WILDFEUER, “Freiheit”, *cit.*, pág. 359.

⁹ Sobre as noções de “real-verdadeiro” e “real-construído” veja-se JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Reimpág., Coimbra: Coimbra Editora, pág. 317 e pág. 620.

¹⁰ Expressamente consagrada no art. 405º do Código Civil português.

¹¹ Que materializam formas de manifestação da necessidade de liberdade no direito civil, como sublinha ERNST-JOACHIM LAMPE, “Teil II – Juristische Beiträge”, in: Ernst-Joachim Lampe *et al.*, *Willenfreiheit und rechtliche Ordnung*, Frankfurt: Suhrkamp, 2008, pág. 16 e ss., pág. 25.

Ainda antes de adensarmos considerações sobre a responsabilidade propriamente dita, é curial aprofundar a vertente do conceito de liberdade que representa a base para qualquer noção de responsabilidade.

Referimo-nos, bom é de ver, à liberdade “poder-querer” ou *libertas volendi*.

No âmbito da liberdade interna, também pode distinguir-se entre liberdade negativa e liberdade positiva. A liberdade interna negativa significará, então, ausência de impedimentos fisiológicos e psíquicos na formação da vontade. Se se quiser, uma liberdade psico-fisiológica. A liberdade interna positiva — ou livre arbítrio, no pleno sentido da expressão (*liberum arbitrium*) representa a existência de todos os factores psíquicos e físicos que permitam a formação da vontade¹².

É precisamente esta forma de liberdade que representa o pressuposto de uma actuação consequencial¹³. Por outras palavras, é o livre arbítrio que nos permite ver se, na situação concreta, o agente podia e devia ter actuado de modo diferente. Em suma, é o livre arbítrio que nos possibilita a aferição da culpa¹⁴, ou seja, de que a conduta do agente é merecedora da reprovação ou censura do direito.

b) A questão da inimputabilidade

A responsabilidade civil é uma fonte de obrigações¹⁵. Em termos muito sucintos, a “responsabilidade civil consiste, pois, numa *obrigação de indemnizar*”¹⁶.

¹² Cf. ARMIN WILDFEUER, “Freiheit”, *cit.*, pág. 359. A liberdade interna negativa tem sido particularmente contestada pelos deterministas, tanto de um ponto da liberdade psicológica (exemplarmente, John Stuart Mill), como do ponto de vista da liberdade fisiológica, sendo defendido, neste último caso, que todos os comportamentos (corporais) são determinados por processos físicos ou biológicos. Esta última corrente tem ganho particular atenção e importância hodiernamente face aos já mencionados progressos das neurociências.

¹³ Em uma formulação de HUME, “[p]or liberdade, portanto, podemos apenas significar *um poder de agir ou não agir, segundo as determinações da vontade*”, in: DAVID HUME, *Investigação sobre o Entendimento Humano* (trad. Artur Morão), Lisboa: Edições 70, 2013, pág. 103.

¹⁴ Sobre a questão — que não aprofundaremos — do conteúdo material da culpa jurídico-penal, veja-se JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 514 e ss. De qualquer modo, não podemos deixar de acompanhar FARIA COSTA quando assinala a impressividade da expressão de Karl Engisch da culpa como “uso defeituoso que o homem faz da sua liberdade”. Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, *cit.*, pág. 248.

¹⁵ Ou seja, é fonte de um *vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação*, nos termos da noção de obrigação constante do art. 397º do Código Civil.

¹⁶ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Reimpág., Coimbra: Almedina, 1999, pág. 44.

Sendo fonte de obrigações é, também, uma forma de responsabilização por um determinado comportamento. Ou seja, o agente tem de ter tido alternativa, tem de ter actuado em liberdade. Para garantir esta liberdade de actuação, o direito civil estabelece um limite à responsabilidade, concretizado no pressuposto de imputabilidade do art. 488º do Código Civil. Como refere ANTUNES VARELA, “[d]iz-se *imputável* a pessoa com capacidade natural para *prever* os efeitos e *medir o valor* dos actos que pratica e para se *determinar* de harmonia com o juízo que faça deles. Exige-se, assim, para que haja imputabilidade, a posse de certo *discernimento* (capacidade intelectual e emocional) e de certa *liberdade de determinação* (capacidade volitiva)”¹⁷. Referimo-nos, na expressão da lei, à capacidade de entender ou de querer, havendo pessoas — menores de sete anos e interditos por anomalia psíquica — em relação às quais a lei civil presume a falta desta capacidade¹⁸. Trata-se, afinal, da determinação do universo abstracto de agentes que podem ser objecto de um juízo genérico de censura¹⁹.

Também no âmbito da responsabilidade penal podemos encontrar o mesmo limite à responsabilidade. Com efeito, estabelece o art. 19º do Código Penal que *os menores de 16 anos são inimputáveis*²⁰, acrescentando-se ainda, no art. 20º, n.º 1 do mesmo Código que *é inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação*²¹.

¹⁷ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, pág. 563.

¹⁸ Dispõe o art. 488º que 1 — *Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.* 2 — *Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica.*

¹⁹ Capacidade essa que não deve ser confundida com os “estados de espírito” do agente, ou, em uma formulação juscriminal, o elemento subjectivo do tipo. A este propósito, ANTHONY KENNY, *Freewill and Responsibility*, Reimpág. (ed. 1978), London: Routledge, pág. 46 e ss.

²⁰ Um limite de idade consideravelmente superior àquele do direito civil.

²¹ Sobre a inimputabilidade por anomalia psíquica no direito penal, fundamental a obra de MARIA JOÃO ANTUNES, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, *maxime*, pág. 49 e ss.

Se quisermos, este limite de responsabilidade é o reflexo da inimputabilidade como negação do livre arbítrio ou, em uma outra formulação, a inimputabilidade é o fundamento da impossibilidade de afirmação de culpa²².

c) O conceito de responsabilidade

O conceito de responsabilidade significa uma obrigação de responder pelas acções próprias²³. Como refere PESSOA JORGE, “o termo *responsabilidade* corresponde à ideia geral de *responder* ou *prestar contas* pelos próprios actos, a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a susceptibilidade de imputar, dum ponto de vista ético *lato sensu*, determinado acto e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento”²⁴.

Apesar de ser uma ideia que desde cedo ocupou o pensamento humano, o vocábulo “responsabilidade”, não obstante ter existência conhecida desde o século XV, apenas vem a surgir como categoria ética no século XIX²⁵, entrando, consequentemente, na narrativa normativa ainda nesse mesmo século.

Enquanto categoria jurídica, tem a vocação de agrupar vários tipos de obrigações de responder por um facto, por um comportamento ou por uma situação perante a justiça e de assumir as respectivas consequências²⁶.

²² Cfr., no mesmo sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, cit., pág. 560 e ss. e pág. 594 e ss.

²³ Veja-se aqui também o nosso *A Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 15 e ainda MICHA H. WERNER, “Verantwortung”, in: Marcus Düwell/Christoph Hübenthal/Micha H. Werner (Hrg.), *Handbuch Ethik*, 2ª ed., Stuttgart: J.B.Metzler, 2006, pág. 541 e ss.

²⁴ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, cit., pág. 34.

²⁵ Cfr. GENEVIÈVE VINEY, “La responsabilité”, *Archives de Philosophie du Droit*, 35 (1990), pág. 275 e ss., pág. 276 e ainda o nosso *A Responsabilidade Solidária*, cit., pág. 15 e ss.

²⁶ GENEVIÈVE VINEY, “La responsabilité”, cit., pág. 278. Sublinha-se aqui também a origem do conceito: responsabilidade evoca resposta e responder postula uma chamada a fazê-lo. Daí também a expressão de “chamar à responsabilidade”. Mas, atente-se, a responsabilidade não é a resposta à liberdade; é antes uma sua consequência. Daí que a expansão das possibilidades de actuação do Homem se tenha manifestado em um alargamento do conceito de responsabilidade. Cfr. o nosso *A Responsabilidade Solidária*, cit., pág. 20.

Podemos identificar dois sistemas principais de responsabilidade, designadamente o sistema monista, em que existe um princípio geral de responsabilidade, e o sistema pluralista, no qual existem casos especiais de responsabilidade.

O sistema monista é predominante nos ordenamentos jurídicos continentais no âmbito da responsabilidade civil, ou seja, a enunciação, no Código Civil, de um princípio de responsabilidade de vocação geral²⁷. Entre nós pode ler-se no art. 483º, n.º 1 do Código Civil o princípio geral atinente à responsabilidade por factos ilícitos: *aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*.

Diferentemente, o sistema pluralista afirma-se plenamente no contexto da responsabilidade penal, de que é apanágio o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*²⁸: a definição estrita em lei de cada infracção na sua realidade concreta, aqui se procurando garantir a liberdade dos cidadãos. Trata-se do princípio da legalidade estrita que, como sublinha FARIA COSTA, significa que “[n]ão é possível ser definido um comportamento penalmente relevante se esse comportamento não estiver definido previamente em uma lei certa e precisa”²⁹.

Independentemente da vigência simultânea de dois sistemas de responsabilidade, o seu núcleo agregador permanece inalterado: responder pelos próprios actos. Assim, podemos afirmar que os três elementos constitutivos da responsabilidade são a liberdade, a vontade e a actuação do Homem³⁰.

§ 2. Responsabilidade no ordenamento jurídico

²⁷ GENEVIÈVE VINEY, “La responsabilité”, *cit.*, pág. 280.

²⁸ Proposição jurídica cunhada por Feuerbach no início do séc. XIX, como concretização do repto iluminista lançado por Cesare Beccaria na sua obra de 1764. Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, trad. José de Faria Costa, Lisboa: Gulbenkian, 1998, Capág. IV (Interpretação das leis), pág. 68 e ss. e ainda ANSELM VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen: Heyer, 1801, pág. 20, disponível para consulta em www.deutschestextarchiv.de/book/view/feuerbach_recht_1801.

²⁹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pág. 219

³⁰ Veja-se INÊS FERNANDES GODINHO, *A Responsabilidade Solidária*, *cit.*, pág. 20. Como salienta ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, *cit.*, pág. 527, apenas relativamente a factos voluntários “têm cabimento a ideia de *ilicitude*, o requisito da *culpa* e a *obrigação de reparar o dano* nos termos em que a lei a impõe”.

A ideia de responsabilidade releva tanto no direito, como na moral. Com efeito, “quer o direito, quer a moral incluem regras que regem o comportamento de indivíduos em situações constantemente repetidas no decurso da vida, mais do que em actividades ou ocasiões especiais, e, embora ambos possam incluir muito do que é específico em relação às necessidades reais ou imaginadas de uma sociedade concreta, um e outra fazem exigências que devem evidentemente ser satisfeitas por qualquer grupo de seres humanos que pretenda conseguir viver em comum”³¹.

Todavia, a atribuição de responsabilidade retrospectiva³² é tarefa fundamental do direito. Já referimos *supra* que a responsabilidade postula liberdade refractada em futuro. Ora, em termos de responsabilidade, o direito trabalha com a categoria de temporalidade, a partir de uma atribuição causal de responsabilidade.

a) A atribuição causal de responsabilidade

A atribuição causal de responsabilidade faz relevar a precedência temporal da causa. Quer isto significar que a causa tem de acontecer antes do facto que determina o efeito. A circunstância de a noção de causa se ter mantido até à actualidade³³ apenas põe em evidência o primado do nexo causal como elemento da responsabilidade e da estreita conexão entre as duas noções³⁴.

³¹ Cfr. HERBERT L.A. HART, *O Conceito de Direito*, trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pág. 187. Para uma distinção sumária entre direito e moral, *idem*, pág. 188 e ss. e ainda J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 8.ª Reimpág., Coimbra: Almedina, 1995, pág. 59 e ss. Como salienta este último autor, pág. *cit.*, pág. 61 “na racionalidade jurídica tem um lugar decisivo a noção de tutela dos interesses, de resolução dos conflitos de interesses e de interesses juridicamente tutelados. De modo que apenas será juridicamente relevante aquela conduta que afecte os interesses (ou bens) juridicamente tutelados, os lese ou ponha em perigo. Para que seja juridicamente censurável deve afectar um dos interesses tutelados e afectá-lo numa medida socialmente relevante”. Ainda sobre a imposição normativa da moral e sua legitimidade, a partir do referente da moralidade sexual e seguindo a ideia nuclear de John Stuart Mill, veja-se HERBERT L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford: Stanford University Press, 1963, pág. 4 e ss.

³² Ou seja, responsabiliza-se pelo que ocorreu no passado, sendo que esse passado é o futuro da liberdade.

³³ Sobre as origens da hodierna noção de causalidade na filosofia da antiga Grécia, cfr. HANS KELSEN, *O que é a Justiça?*, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág. 301 e ss.

³⁴ Assim também HERBERT L.A. HART/TONY HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1985, pág. 62 e ss., *maxime*, pág. 65.

A atribuição causal de responsabilidade no ordenamento jurídico é conformada por dois elementos: o princípio da retribuição e um interesse cognitivo específico no qual assenta um juízo normativo de atribuição de responsabilidade. Olhemos para cada um destes elementos mais de perto.

O princípio da retribuição significa, em termos sucintos, “porta-te bem e serás recompensado, porta-te mal e serás castigado”³⁵. Ou seja, unindo o significado deste elemento com o nódulo que o agrega, a ideia de causa no direito assenta na afirmação de que alguém causou um mal pelo qual terá de ser punido ou terá de pagar (responder)³⁶.

Por outro lado, o segundo elemento, relativo ao interesse cognitivo específico, prende-se, sobremaneira, com a especial distinção entre o princípio da causalidade no âmbito das leis naturais e o princípio jurídico da causalidade. Na verdade, enquanto que no direito o efeito é a sanção, no universo natural o efeito é a consequência da causa. Procuremos explicitar um pouco mais esta ideia.

No universo das leis naturais, se eu deixo cair um copo de vidro no chão, o efeito será o copo partir-se. Mas a ideia de causa aqui relaciona-se, em relação de insindivisível necessidade, com muitos outros fenómenos, desde logo, por exemplo, a lei da gravidade. Ou seja, a explicação naturalística do facto “copo partido”, para ser exacta do ponto de vista da teoria da ciência, teria de ter em consideração todos os factores necessários das leis da natureza.

Diferentemente, no direito, ainda que a verificação da causalidade se tenha de basear em leis naturais das ciências empíricas — como é evidente, não pode ignorar ou alterar a lei da gravidade —, interessa-se apenas por modificações da realidade em um determinado momento que se relacionem com condutas juridicamente relevantes³⁷. Aproximando-nos um pouco mais desta ideia, a causalidade jurídica

³⁵ Na sintética formulação de HANS Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Stuttgart: Reclam, 2000, pág. 33: “Gut für Gut, Übel für Übel”. Ainda que este princípio não deva ser visto como resposta à questão sobre a justiça do direito.

³⁶ HERBERT L.A. HART/TONY HONORÉ, *Causation in the Law*, cit., pág. 66.

³⁷ Assim também URS KINDHÄUSER, “Risikoerhöhung und Risikoverringung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 120 (2008), pág. 481 e ss., também disponível em português como “Aumento do risco e diminuição do risco” (trad. Inês Fernandes Godinho revista por José de Faria Costa), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20 (2010), pág. 11 e ss.

rege-se pelo objecto próprio da norma de conduta³⁸. Dito de outra forma: as noções de causa e de efeito no ordenamento jurídico obedecem ao paradigma normativo exemplar: “quem cometer uma infracção, será sancionado”. Portanto, a causa será a comissão da infracção e o efeito será a sanção.

Retornemos ao exemplo do copo partido, a fim de esclarecer graficamente as nossas considerações. No âmbito das leis da natureza, se um copo de vidro cair mais de 2 metros e embater numa superfície dura (*proposição A*), o copo parte-se (*proposição B*). Ou seja, segundo as leis naturais, se ocorrer A, acontecerá B. No ordenamento jurídico, vamos supor que existe uma norma segundo a qual “quem partir um copo (*proposição C*), será punido com pena de admoestação (*proposição D*)”. Aqui não podemos afirmar que se ocorrer C, acontecerá D. Pertencendo o ordenamento jurídico ao mundo do dever-ser, o mais que poderemos aqui é dizer que se ocorrer C deverá ocorrer D³⁹. A ligação dos elementos “causa e efeito” no direito rege-se assim pelo interesse cognitivo específico de uma conduta normativamente relevante como “causa”.

b) O juízo normativo (imputação)

A causalidade no ordenamento jurídico assenta, como já referimos, em um juízo normativo de atribuição de responsabilidade. Isto significa que quando se faz alguém responder em termos jurídicos, tal implica que existiu uma apreciação ou valoração sobre a actuação do agente no sentido de esta actuação ter desencadeado um resultado normativamente indesejado⁴⁰. Por outras palavras, o direito delimita previamente os resultados que quer evitar, *rectius*, aqueles resultados que dão origem a uma responsabilização. Como põe em evidência JOSÉ DE FARIA COSTA, “[a]

³⁸ Procuremos ilustrar a partir do crime de homicídio, com recurso a uma formulação de KLUG: “para o juízo penal de uma determinada conduta *C* da pessoa *P* é de fundamental importância saber se entre *C* e o resultado penalmente relevante *R* existe uma relação causal. Se a conduta *C* consistir no disparo de uma pistola por *P* e o resultado for a morte da pessoa *M*, torna-se assim de importância decisiva para a resposta à pergunta sobre se *P*, através da sua conduta *C* — designadamente o disparo da pistola — se tornou punível, saber se entre *C* e *R* — ou seja, a morte de *M* — existe uma relação causal”, in: ULRICH KLUG, “Zur logischen Analyse der Kausalitätsformel im Strafrecht”, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Berlin: Springer, 1981, pág. 131.

³⁹ A este propósito, HANS Kelsen, “Causalidad e imputación”, *Boletín del Seminario de Derecho Político*, 1956, pág. 3 e ss.

⁴⁰ Cfr. o nosso *A Responsabilidade Solidária*, cit., pág. 25.

imputação objectiva do facto ao agente corresponde à necessidade profunda de podermos, isto é, de se poder, dentro da contextualidade objectiva que a ordem jurídica representa, com segurança, afirmar que o agente deu «causa» ao resultado proibido»⁴¹.

Repristinando considerações previamente tecidas, e face ao exposto, quer isto dizer que se torna claro que a ciência jurídica não pretende oferecer uma explicação causal dos fenómenos infracção e sanção. Nas palavras de HANS Kelsen, “nos preceitos jurídicos em que dita ciência descreve estes fenómenos não se aplica o princípio da causalidade, mas antes um princípio que (...) se pode denominar princípio da imputação”⁴².

Na verdade, o direito não pretende explicar a fenomenologia natural que deu origem a um determinado efeito. Se assim fosse, ou seja, se a prescrição da norma pretendesse impedir e proibir (a causa) e não sancionar o agente por um resultado em concreto — o que seria, de certo modo, a aplicação naturalística e linear do princípio da causalidade — seria, então, idêntico, à luz de uma norma de proibição, o facto de o resultado se ter verificado ou não. Mas não é esse o inteligir jurídico: a responsabilidade postula, justamente, a existência de um resultado desvalioso para o ordenamento normativo.

Em síntese, em termos jurídicos não se questiona pela causa, antes se pergunta pelo responsável. O “castigo” é, assim, uma consequência que se imputa a uma “causa”, “causa” essa corporizada pela conduta humana.

c) O facto jurídico (acção)

A responsabilização do agente tem origem em um juízo que é feito sobre um determinado objecto valorativo, *in casu*, um facto jurídico. Este facto jurídico é corporizado por uma acção, também ela compreendida em sentido jurídico⁴³.

⁴¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, cit., pág. 222.

⁴² HANS Kelsen, “Causalidad e imputación”, cit., pág. 7.

⁴³ Caso contrário, também se poderia considerar como acção a alteração da realidade constituída pela rega automática: quando os aspersores ligam, “regam”, ou executam a acção de regar (sentido de actividade). É uma acção que não postula, em relação de necessidade, uma conduta humana. Naturalmente que “acção” em sentido linguístico tem um sentido muito mais lato do que o conceito jurídico de acção.

Podemos definir a acção em sentido jurídico como “responsável e significativa conformação da realidade com resultados (no sentido mais amplo) domináveis pela vontade (e por isso imputáveis ao agente)”⁴⁴. Esta definição refere-se a um conceito lato de acção, em que se incluem a acção *stricto sensu* e a omissão. Também é possível encontrarmos o conceito análogo de “facto voluntário”⁴⁵. Através desta definição pretende-se, fundamentalmente, excluir do conceito de acção os factos naturais (causas de força maior e casos fortuitos) que não são passíveis de serem controlados pela vontade humana.

Assim, este facto jurídico consiste “num *acto*, numa *acção*, ou seja, num *facto positivo* (...), que importa a *violação* de um *dever geral de abstenção*, do *dever de não ingerência* na esfera de acção do titular do direito absoluto. Mas pode traduzir-se também num *facto negativo*, numa *abstenção* ou numa *omissão* (...)”⁴⁶.

Assim, as acções ou factos jurídicos são a pedra angular para a construção de um processo normativo de atribuição de responsabilidade ao agente. Através da institucionalização do direito, as normas e princípios estabelecidos de forma abstracta “filtram” as diferentes acções de forma retrospectiva com vista a determinarem a resposta que deve ser exigida ao agente.

d) O resultado (dano)

O resultado pode ser entendido como a consequência da conduta indesejada pela norma, *i.e.*, um resultado normativamente relevante.

Para que possamos saber qual é esta consequência, torna-se necessário saber o sentido da indesejabilidade, por outras palavras, postula-se aqui uma interpretação da norma: temos de saber perguntar este sentido, por forma a podermos contextualizar o resultado e consequentemente, aferir do desvalor da conduta que pretende ser evitada pela norma.

Dito de outro modo, o texto normativo tem de ser interpretado mesmo antes da valoração da consequência que se apresenta como resultado. Pois que, só assumirá

⁴⁴ ARTHUR KAUFMANN, “Die ontologische Struktur der Handlung”, in: *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln: Carl Heymanns, 1996, pág. 25 e ss., pág. 65.

⁴⁵ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Reimpág., Coimbra: Almedina, 2011, pág. 558.

⁴⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., pág. 527 e ss.

relevância aquela “causa” cuja consequência se saiba ser indesejada. O resultado autonomiza-se valorativamente para o direito e, por se ter verificado a consequência é que o direito “persegue” a “causa”, ou melhor, a conduta que lhe deu origem, com vista a responsabilizar o seu autor⁴⁷.

Este percurso permite-nos compreender, assim, que o direito estabelece esquemas de imputação normativamente regulados que direccionam os resultados das acções. Existe um processo — determinado pela causalidade normativamente compreendida — de correspondência entre conduta, resultado e responsabilidade, ou seja, consoante o resultado da conduta do agente seja um dano ou uma violação de dever, a imputação da acção para efeitos de atribuição de responsabilidade é efectuada através de determinados padrões previamente estabelecidos, com a inerente diferenciação do tipo de responsabilidade. O que, por seu turno, não implica que da mesma actuação não possam derivar dois tipos de responsabilidade. Socorrendo-nos de um exemplo, se um agente provocar um dano — e, para o presente efeito, o dano poderá ser corporal ou material — estaremos face a uma actuação (conduta) passível de desencadear dois processos de atribuição de responsabilidade distintos entre si. Por um lado, poderá dar início a um processo de atribuição de responsabilidade em sede de direito civil — responsabilidade civil extra-contratual — e, por outro lado, poderá, igualmente, originar um processo de atribuição de responsabilidade criminal (pela prática de um ilícito-típico)⁴⁸.

§ 3. Fim e fundamento da responsabilidade civil

a) Fim da responsabilidade civil

A responsabilidade civil “[o]corre quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra”⁴⁹.

⁴⁷ HANS KELSEN, “Causalidad e imputación”, *cit.*, pág. 5 e ss.

⁴⁸ Cfr. o nosso *A Responsabilidade Solidária*, *cit.*, pág. 27.

⁴⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pág. 517 e ss. No mesmo sentido esclarecem H., L. E J. MAZEAUD/FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie Générale*, 9ª ed., Paris: Montchrestien, 1998, pág. 365 que “[u]ne personne est responsable civilement quand elle est tenue de réparer un dommage subi par autrui”.

O dano, esse conceito nuclear para a conformação da responsabilidade civil, é uma realidade empiricamente observável proveniente de uma alteração de um determinado estado de coisas. Contudo, apenas o dano em sentido jurídico pode ser considerado para efeitos de responsabilidade, de outro modo, para que efectivamente surja uma obrigação de indemnizar. O dano em sentido jurídico comporta dois elementos distintos na sua estrutura, designadamente um elemento material ou substancial, consistente no facto físico ou natural e que integra o núcleo interior do dano, e um elemento formal, proveniente da norma jurídica⁵⁰. Sinteticamente, podemos definir o dano, na perspectiva da responsabilidade civil, como “toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”⁵¹.

Ora, apesar da aparente simplicidade de definição do conceito de responsabilidade civil — ou mesmo aquela do conceito de dano —, a problemática do fim (ou função) deste tipo de responsabilidade é herdeira de uma longa discussão doutrinária que parece não pretender terminar de forma inequívoca.

Não obstante, existe uma posição que se afirma como maioritária na doutrina portuguesa e da qual partilhamos: a responsabilidade tem um fim de reparação⁵² (função indemnizatória⁵³) e, por esse motivo, será equivalente à obrigação de indemnizar⁵⁴.

b) Fundamento da responsabilidade civil

Umbilicalmente ligada ao problema do fim da responsabilidade civil, a questão sobre o seu fundamento também não é pacífica.

Como refere RUI RANGEL, “configurando-se a responsabilidade civil numa obrigação de indemnizar, ela só existe quando uma pessoa é obrigada a reparar um

⁵⁰ Sobre estes elementos na conformação do conceito de dano, cfr. ADRIANO DE CUPIS, *Il Danno*, Milano: Giuffrè, 1946, pág. 5 e ss.

⁵¹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 591. Sendo que depois o dano pode ser ordenado por tipos, desde logo, os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais.

⁵² MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 521 e 532. Ainda que se possa ver aflorado, num ou noutro ponto, uma função acessória de repressão e prevenção, em particular, no caso da responsabilidade civil por actos ilícitos.

⁵³ Aliás, etimologicamente, a palavra indemnizar significa ressarcir alguém das suas perdas.

⁵⁴ Posição, note-se, que defendemos já no nosso *A Responsabilidade Solidária*, cit., pág. 42.

dano sofrido por outra, ou seja, o seu escopo visa, essencialmente, a reparação de danos”⁵⁵.

Na sequência do seu fim, pergunta-se, então, qual deverá ser o fundamento que lhe é assacado?

Alguns autores entendem que é o facto ilícito gerador de responsabilidade civil que fundamenta a obrigação de indemnizar⁵⁶. Todavia, temos algumas reservas em acompanhar esta posição. Desde logo pois, se assim fosse, não faria sentido surpreendermos, no Código Civil, casos de responsabilidade por facto lícito⁵⁷.

Poderia ainda pensar-se que o fundamento da responsabilidade civil seria a culpa. Uma vez mais, tal ideia se revela incompatível com o Código Civil, na justa medida em que ali se encontra consagrada em lei uma modalidade de responsabilidade civil consistente na responsabilidade pelo risco⁵⁸, a qual não depende da culpa do agente. Ou seja, em casos excepcionais, é possível afastar a culpa do agente no âmbito da responsabilidade civil.

Como é bom de ver, não faz qualquer sentido inferir um fundamento da responsabilidade civil por cada manifestação concreta que essa responsabilidade possa revestir, tanto por facto ilícito, como por facto lícito, como ainda pelo risco⁵⁹. Estar-se-ia, sem resto, a implodir qualquer possibilidade de coesão dogmática do instituto da responsabilidade civil.

O que nos leva, tendo em conta as considerações acima expostas, a elevar o dano à categoria de fundamento da responsabilidade civil, na medida em que consubstancia o único pressuposto do qual a responsabilidade civil não pode abdicar,

⁵⁵ RUI RANGEL, *A Reparação Judicial dos Danos na Responsabilidade Civil — Um Olhar sobre a Jurisprudência*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, pág. 9 e ss.

⁵⁶ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, cit., pág. 42 e ss.

⁵⁷ Além do exemplo usado no ponto c) *infra*, veja-se ainda o caso das servidões legais, em que a lei entende que pela constituição de uma servidão legal de passagem é devido o pagamento de uma indemnização pelos prejuízos sofridos. Cfr. arts. 1554º; 1559º, 1561º e 1563º do Código Civil.

⁵⁸ A responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objectiva é uma forma excepcional de responsabilidade, derivada de uma ideia de justiça distributiva (*ubi commoda ibi incomoda*). Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987, pág. 505.

⁵⁹ Como, aliás, a responsabilidade contratual. Com efeito, a responsabilidade civil abrange não apenas a responsabilidade extracontratual, como também a responsabilidade contratual, pela violação de um contrato. Ambas determinam a obrigação de indemnizar. Assim também, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pág. 218 e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., pág. 519 e ss.

sob pena de deixar de ser responsabilidade civil e passar a revestir uma outra natureza ou forma⁶⁰. Afirmamos o dano como fundamento na convicção de que, aliado ao fim reparador da responsabilidade civil, o dano constitui o marco que distingue a responsabilidade civil de outras formas de responsabilidade⁶¹.

E fazêmo-lo acompanhados de proeminentes vozes. Como sublinha ALMEIDA COSTA, “apenas em função do dano o instituto [da responsabilidade civil] realiza a sua finalidade essencialmente reparadora ou reintegrativa. Mesmo quando lhe caiba algum papel repressivo e preventivo, sempre se encontra submetido, como regra, aos limites da eliminação do dano”⁶².

c) Reflexos legislativos

A obrigação de indemnizar tem várias fontes, que contribuem para a reafirmação do dano como fundamento da responsabilidade civil, que sumariamente ilustraremos.

Desde logo, no âmbito da responsabilidade contratual, onde o não cumprimento definitivo (art. 798º do CC), ou mesmo a mora (art. 804º, n.º 1, do CC) representam manifestações de factos voluntários que causam um dano que cumpre indemnizar.

Mas, como referimos anteriormente, apanágio do afastamento de outros fundamentos da responsabilidade civil são os casos da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade por factos lícitos.

Com efeito, nos termos dos artigos 499º e seguintes do Código Civil, o agente responde, independentemente de culpa, pelos danos causados (arts. 500º, n.º 1 ou 502º). Tratam-se de situações em que existe uma actividade perigosa — ainda que permitida — pela qual o agente terá de responder no caso de essa mesma actividade

⁶⁰ De que é apanágio a corrente anglo-saxónica da indemnização como pena privada, que prescinde do dano como pressuposto da responsabilidade civil, referida por MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., [nota 3], pág. 532. Mas, neste caso, julgamos que é possível diferenciar esta ideia de penas privadas daquela de responsabilidade civil, não devendo o fundamento desta ser afastado prola concedência de possibilidade — entre nós, mais teórica — daquela.

⁶¹ Posição já sufragada no nosso *A Responsabilidade Solidária*, cit., pág. 45.

⁶² MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 590.

causar danos. Nestes casos, o dever de indemnizar é resultado de uma conduta perigosa do responsável⁶³, não dependendo este dever da culpa do agente.

Existem ainda, no contexto da responsabilidade civil, comportamentos lícitos danosos. Iremos mencionar apenas um exemplo particularmente impressionante, designadamente o caso do estado de necessidade. Nos termos do art. 339º, n.º 1, do Código Civil, *é lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro*. Não obstante a licitude deste comportamento, estabelece o n.º 2 do mesmo artigo que *o autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido*. Podemos aqui constatar que a obrigação de indemnizar pode nascer independentemente da existência de um facto ilícito.

Ora, tendo como horizonte a finalidade reparadora e o dano como fundamento da responsabilidade civil, importa agora compreender estes dois elementos no âmbito da responsabilidade penal, de modo a percorrermos o caminho que permitirá ensaiar uma resposta à questão nuclear aqui colocada.

⁶³ Assim também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 613.